



Adrian Bieri

Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner
Co-Leiter Immaterialgüter, Technologie
und Datenschutz
Telefon +41 58 258 10 00
adrian.bieri@bratschi.ch

Update zur Revision der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung und neue Vorgaben bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland

Gemäss den neuesten Mitteilungen des Bundesamtes für Justiz wird das neue schweizerische Datenschutzgesetz am 1. September 2023 in Kraft treten. Wir informieren Sie in diesem Beitrag über die wichtigsten Schritte, die Unternehmen mit Blick auf das absehbare Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes umsetzen sollten. Gleichzeitig erfahren Sie, welche neuen Vorgaben Schweizer Unternehmen schon jetzt bei der Bekanntgabe von Personendaten in Länder mit nicht angemessenem Datenschutz beachten müssen.

1. Update zur Revision und zum Inkrafttreten

Nachdem das Inkrafttreten des vom eidgenössischen Parlament am 25. September 2020 totalrevidierten Datenschutzgesetzes bereits mehrmals nach hinten verschoben wurde, hat das Bundesamt für Justiz vor kurzem bekanntgegeben, dass vorgesehen sei, dass das neue Datenschutzgesetz auf den 1. September 2023 in Kraft treten werde. Dieser Inkrafttretenstermin muss jedoch noch vom Bundesrat definitiv bestätigt werden. Aufgrund der bereits mehrfach erfolgten Verschiebungen ist aber davon auszugehen, dass sich am Termin vom 1. September 2023 höchstwahrscheinlich nichts mehr ändern wird.

Ausstehend ist aktuell noch der Erlass der entsprechenden Ausführungsbestimmungen des Bundesrates auf Verordnungsebene, insbesondere die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz ("Datenschutzgesetzverordnung"). Die Vernehmlassung zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung dauerte bis am 14. Oktober 2021 und hat sehr viel Kritik hervorgebracht. In der Tat statuierte der Vorentwurf zu manchen Themen, von denen man davon ausging, dass sie im Datenschutzgesetz abschliessend geregelt wurden, wieder neue Vorgaben und Anforderungen an Unternehmen. Blicke es dabei, würde die schweizerische Datenschutzgesetzgebung an einigen Stellen über die Anforderungen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung («DSGVO») hinausgehen. Man darf gespannt sein, wie der Bundesrat auf diese Kritik reagiert und welche Anpassungen er bei der Datenschutzverordnung vornehmen wird.

2. Wichtigste Massnahmen zur Implementierung des neuen Datenschutzgesetzes

Trotz der neuerlichen Verschiebung beim Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes sollten Schweizer Unternehmen schon jetzt mit der Implementierung der neuen Vorgaben beginnen, da die dafür erforderlichen Arbeiten doch eine gewisse Zeit brauchen und das neue Datenschutzgesetz ohne Übergangsfristen in Kraft treten wird.

Stark zusammengefasst, sollten Unternehmen dabei vor allem folgende neuen Vorgaben prioritär umsetzen:

- Aufgrund der erweiterten Informationspflicht müssen Unternehmen in Datenschutzerklärungen (oder anderen Dokumenten wie etwa Formularen, AGB's, Verträgen, Mitarbeiterreglementen etc.) darüber informieren, wie sie Personendaten von externen Dritten (z.B. von Kunden, Dienstleistern und Webseiten-/App-Besuchern), aber unter Umständen auch von internen Personen (z.B. Mitarbeitende) bearbeiten.
- Unternehmen müssen neu ein sog. Bearbeitungsverzeichnis führen, in welchem sie im Sinne eines Rapports darlegen, welche Personendaten sie bearbeiten und wie sie diese bearbeiten.
- Unternehmen sind neu verpflichtet, mit ihren Auftragsbearbeitern eine Auftragsbearbeitungsvereinbarung abzuschliessen.
- Die Datensicherheitsanforderungen wurden erhöht. Insbesondere müssen Unternehmen neu bestimmte Datensicherheitsverletzungen so rasch wie möglich an den EDÖB melden und unter Umständen auch die von einem «Data Security Breach» betroffenen Personen informieren. Damit Unternehmen diese kurzen Meldefristen im Fall einer Datensicherheitsverletzung einhalten können, sollten sie vorab einen Prozess implementieren.
- Bei der Einführung neuer Datenbearbeitungen müssen Unternehmen die Grundsätze von «privacy by design» und «privacy by default» berücksichtigen. Zudem müssen sie bei risikoreichen Bearbeitungen im Vorfeld eine sog. Datenschutz-Folgenabschätzung («DSFA») durchführen.
- Personendaten, die für den bei der Beschaffung angegebenen Zweck nicht mehr gebraucht werden, müssen grundsätzlich gelöscht werden. Unternehmen sollten daher Archivierungs- und Löschkonzepte implementieren, um einen datenschutzkonformen Umgang mit Alt-Daten zu entwickeln.

Eine detailliertere Darstellung der neuen Vorgaben des totalrevidierten schweizerischen Datenschutzgesetzes finden Sie [hier](#).

3. Neue Vorgaben bei der Bekanntgabe von Personendaten in Länder mit nicht angemessenem Datenschutz

Bereits das heute geltende schweizerische Datenschutzgesetz sieht vor, dass Unternehmen zusätzliche Schutzmassnahmen ergreifen müssen, wenn Sie Personendaten in Länder mit nicht angemessenem Datenschutz (quasi alle Länder ausserhalb der EU) bekanntgeben wollen. Die in der

schweizerischen Praxis bislang häufigsten Schutzmassnahmen waren der Abschluss der Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission für die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer sowie das «Privacy Shield»-Abkommen zwischen der Schweiz und der USA für die Bekanntgabe von Personendaten an US-Datenimporteure.

Mit Urteil vom 16. Juli 2020 hat der Europäische Gerichtshof («EuGH») im sog. «Schrems II»-Entscheid diese Ordnung ziemlich über den Haufen geworfen. So kam der EuGH etwa zum Ergebnis, dass das «Privacy Shield»-Programm keinen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten vermag, womit es als Schutzmassnahme für die Bekanntgabe von Personendaten in die USA ausgedient hat. Zudem enthielt der Entscheid auch eine Feststellung, dass die EU-Standardvertragsklauseln den erforderlichen Schutz im Ausland zwar gewährleisten können, dies aber oft nicht tun würden. Diese Feststellung hatte zur Folge, dass die EU Kommission die EU-Standardvertragsklauseln revidiert und mit Datum vom 4. Juni 2021 neue EU-Standardvertragsklauseln erlassen hat. Der EDÖB hat diese neuen EU-Standardvertragsklauseln am 27. August 2021 genehmigt.

Aufgrund dieser Umwälzungen müssen schweizerische Datenexporteure bei internationalen Datentransfers in Länder mit nicht angemessenem Datenschutz schon jetzt Folgendes beachten:

- Seit dem 27. September 2021 dürfen nur noch die neuen EU-Standardvertragsklauseln abgeschlossen werden.
- Alte EU-Standardvertragsklauseln, die vor dem 27. September 2021 vereinbart worden sind, sind noch bis am 31. Dezember 2022 gültig bzw. müssen bis dann durch die neuen EU-Standardvertragsklauseln (oder andere Schutzmassnahmen) ersetzt werden.
- Mit [Erklärung vom 27. August 2021](#) hat der EDÖB dargelegt, welche Anpassungen Schweizer Unternehmen bei der Verwendung der neuen EU-Standardvertragsklauseln vornehmen müssen. Die Anpassungen, die im Rahmen einer Zusatzvereinbarung zu den EU-Standardvertragsklauseln (die EU-Standardvertragsklauseln selbst dürfen nicht angepasst werden) vorgenommen werden müssen, sind überschaubar. Sie hängen vor allem davon ab, ob die Datenbekanntgabe ausschliesslich dem schweizerischen Datenschutzrecht untersteht oder ob zusätzlich auch noch die DSGVO zur Anwendung gelangt.
- Anspruchsvoller ist hingegen, dass die neuen EU-Standardvertragsklauseln die Durchführung eines sog. «Transfer Impact Assessment» («TIA») verlangen. Dies gilt auch für Schweizer Unternehmen, wenn sie die neuen EU-Standardvertragsklauseln verwenden. Im Rahmen eines TIA muss der schweizerische Datenexporteur in jedem konkreten Einzelfall prüfen, ob die Gesetze des Empfängerlandes bezüglich behördlichen Zugriffen im Empfängerland (z.B. zwecks nationaler Sicherheit oder Strafverfolgung, Stichwort «US-Cloud Act») und die Rechte der Betroffenen mit dem schweizerischen Datenschutzrecht und den schweizerischen Verfassungsgrundsätzen vereinbar sind. Gemäss EDÖB muss der schweizerische Datenexporteur die dazu entsprechenden Abklärungen selbst vornehmen und darf sich dabei nicht nur auf die Aussagen des Datenimporteurs verlassen (z.B. durch Konsultation von Literatur und Rechtsprechung oder das Einholen von unabhängigen Rechtsgutachten). Es ist zu erwarten, dass in der Zukunft

standardisierte Risikoeinschätzungen für einzelne Länder öffentlich verfügbar sein werden, die dann von schweizerischen Datenexporteuren für ein TIA verwendet werden können. Folgende schweizerische Grundrechtsgarantien müssen im Drittland analog gewährleistet sein und müssen im TIA überprüft werden:

- a) Etwaige staatliche Datenzugriffsrechte im Empfängerland bedürfen einer klaren und eindeutigen Rechtsgrundlage (Wahrung des Legalitätsprinzips).
 - b) Die Befugnisse und Massnahmen der Behörden im Empfängerland müssen geeignet und erforderlich sein, um die rechtlichen Zwecke ihres Zugriffs zu erfüllen (Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips).
 - c) Die betroffenen Personen in der Schweiz müssen gestützt auf das Recht im Empfängerland über wirksame Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Rechte auf Schutz der Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung verfügen (z.B. Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrecht).
 - d) Der Rechtsweg sowie der Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen Gericht im Empfängerland müssen gewährleistet sein.
- Gelangt ein schweizerischer Datenexporteur zum Schluss, dass das Empfängerland diese vier Garantien erfüllt, kann ein Datentransfer gestützt auf die neuen EU-Standardvertragsklauseln erfolgen. Kommt der schweizerische Datenexporteur hingegen zu einem anderen Ergebnis, muss der Datenexporteur zusätzliche technische und organisatorische Massnahmen ergreifen (z.B. Verschlüsselung auf Basis «BYOK», «bring your own key»), um sicherzustellen, dass Behördenzugriffe auf die übermittelten Personendaten im Empfängerland faktisch ausgeschlossen sind.

Schliesslich sollten schweizerische Datenexporteure auch beachten, dass in bestimmten Fällen Ausnahmetatbestände zur Anwendung gelangen können, welche die Implementierung von Schutzmassnahmen (z.B. in Form der EU-Standardvertragsklauseln) bei der Bekanntgabe von Personendaten in Länder mit nicht angemessenem Datenschutz gar nicht erforderlich machen (z.B. wenn die Bearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags steht und es sich um Personendaten des Vertragspartners handelt).

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
Postfach
CH-1211 Genf 1
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gübelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch